

JURIDISCHE HANDVATTEN VOOR KETENINTEGRATIE

Een praktische brochure om besluitvorming mogelijk te maken

Uitgave: AEDES en Bouwend Nederland
FEBRUARI 2011

Inleiding en verantwoording

Deze documentatie is opgesteld om ketenintegratie in de bouwsector te stimuleren en meer in het bijzonder om duidelijkheid te scheppen over een aantal basale, juridische vragen die dikwijls in verband met ketenintegratie opdoemen. Deze documentatie is opgesteld in opdracht van Bouwend Nederland en Aedes, omdat deze brancheorganisaties er van overtuigd zijn dat ketenintegratie in de bouwsector tot betere resultaten leidt voor zowel opdrachtgevers en opdrachtnemers. Met deze documentatie beogen Bouwend Nederland en Aedes voor hun leden en overige belangstellenden handvatten te bieden voor het toepassen van ketenintegratie door duidelijkheid te bieden over de juridische aspecten die belangstellenden er in de praktijk van weerhouden gebruik te maken van ketenintegratie.

Uit de betrokkenheid van Aedes bij de totstandkoming van dit document kan worden afgeleid dat woningcorporaties tot de primaire doelgroep behoren. Er is bovendien een aantal woningcorporaties dat al experimenteert met ketenintegratie en daarbij duidelijke resultaten heeft geboekt. Ketenintegratie leent zich echter voor bredere toepassing in de bouwsector, zodat de onderhavige documentatie zich tot een breder publiek richt.

De opzet van deze documentatie als volgt:

- De eerste paragraaf geeft een korte beschrijving van ketenintegratie. Daarbij gaat het om een beschrijving van de kernpunten, alsmede die elementen die relevant zijn voor de in de opvolgende paragrafen te bespreken juridische aspecten. Het is niet de bedoeling geweest een uitputtende beschrijving van ketenintegratie te geven. Er is namelijk geen “standaard” voor ketenintegratie. Integendeel, het is op de keper beschouwd eerder een methode van samenwerking die op veel verschillende manieren kan worden toegepast. Opdrachtgevers en opdrachtnemers dienen de hoofdlijnen van die methode en de juridische kanten te begrijpen om in de praktijk met succes gebruik te kunnen maken van ketenintegratie.
- De tweede paragraaf besteedt aandacht aan een aantal bouwrechtelijke aspecten van ketenintegratie. De afspraken tussen opdrachtgever en opdrachtnemer voor een bouwopdracht liggen vast in een overeenkomst. Dat principe is bij ketenintegratie niet anders, maar dat neemt niet weg dat de afspraken op onderdelen afwijken van hetgeen standaard wordt overeengekomen.
- De derde paragraaf gaat over de aanbestedingsrechtelijke aspecten. Ketenintegratie blijkt zich per saldo niet te kunnen verenigen met de verplichtingen die aanbestedende diensten als gedefinieerd in de wet hebben op grond van het (Europese) aanbestedingsrecht. In deze paragraaf wordt dit probleem toegelicht en tevens besproken dat wanneer een opdrachtgever niet aanbestedingsplichtig is op grond van de wet, er geen aanbestedingsrechtelijke bezwaren bestaan voor de toepassing van ketenintegratie.

- De vierde paragraaf behandelt mededingingsrechtelijke aspecten omtrent ketenintegratie. De praktijk leert dat ketenintegratie – op verzoek van de opdrachtgever – kan leiden tot samenwerking tussen concurrenten die zelfs het verdelen van opdrachten kan behelzen. De voorwaarden waaronder dat mogelijk is, worden hier besproken.
- De vijfde paragraaf gaat in op integriteitsaspecten die bij ketenintegratie kunnen spelen. Omdat tussen opdrachtgever en opdrachtnemer meer vanuit de onderlinge relatie dan het specifieke project wordt gekeken, bestaat er een kans dat de zakelijke verhoudingen tussen partijen vertroebelen. Een dergelijke vertroebeling kan worden voorkomen door toepassing van een governance-code zoals die nu reeds bestaat bij woningcorporaties.
- Tot slot bevat de documentatie een paragraaf met FAQ's. De bedoeling is om deze FAQ's dynamisch te maken, in die zin dat deze vragen elektronisch toegankelijk worden gemaakt en interactief nieuwe vragen en antwoorden kunnen worden toegevoegd, alsmede bestaande vragen en antwoorden kunnen worden verwijnd.

De inhoud van deze documentatie is in twee stappen tot stand gekomen. In de eerste plaats heeft een aantal gesprekken plaatsgevonden met betrokkenen bij woningcorporaties en aannemers die in het kader van pilotprojecten reeds ervaring hebben opgedaan met ketenintegratie. Aan de hand van die gesprekken is vervolgens geïnteriseerd welke basale juridische vraagstukken aan de orde zijn bij ketenintegratie. Die vraagstukken zijn verwerkt en beantwoord in de korte beschouwingen die in de navolgende paragrafen zijn opgeschreven.

De auteur waarschuwt ten slotte dat deze documentatie geen concrete handleiding biedt voor het inrichten van ketenintegratie in een specifieke situatie. Ketenintegratie verdient maatwerk en de exacte invulling zal derhalve van geval tot geval moeten worden gemaakt, net zoals bestek en contracten ook op de specifieke situatie moeten worden afgestemd. De aard van de opdrachten en de resultaten die met ketenintegratie worden beoogd zijn daarbij bepalend. Met deze documentatie zou het echter wel mogelijk moeten zijn te herkennen welke voordelen ketenintegratie kan bieden en wat op hoofdlijnen de juridische kaders zijn.

§1 Ketenintegratie

Ketenintegratie, ook wel ketensamenwerking genoemd, is geen vast omlijnd begrip. Het is een verzamelnaam voor een andere benadering van de verhouding tussen opdrachtgever en opdrachtnemer dan (in ieder geval in de bouwsector) gebruikelijk is. Kort gezegd ligt de nadruk in de huidige praktijk op het vooraf per project afprijzen van een bestek, waarbij er een inherent tegenstrijdig belang ontstaat tussen opdrachtgever en opdrachtnemer. Opdrachtgever wenst vast te houden aan de aanneemsom en zo min mogelijk te erkennen dat het door hem vervaardigde bestek onjuist of onvolledig was. Anders gezegd: opdrachtgever probeert de risico's zoveel mogelijk naar opdrachtnemer te verleggen. Bij de opdrachtnemer geldt precies het omgekeerde. De opdrachtnemer staat voor de taak om de opdracht binnen de afgesproken tijd en voor de overeengekomen aanneemsom te realiseren. Elke wijziging ten opzichte van de inschatting op basis van het bestek zet het financiële resultaat onder druk. De opdrachtnemer heeft er derhalve belang bij om wijzigingen in de risicosfeer van de opdrachtgever te brengen. Deze tegenstelling wordt vergroot in geval er meerdere opdrachtnemers bij een opdracht zijn betrokken, omdat ook in die onderlinge relaties geen, althans weinig belang bestaat om elkaars risico's te dragen.

Binnen dit "vechtmodel" blijken er onvoldoende gemeenschappelijke belangen voor partijen om gezamenlijk het welslagen van werk leidend te laten zijn in hun handelen. De onderlinge spanning tussen opdrachtgever en opdrachtnemer(s) wordt daarbij verder onder druk gezet als de aannemingsovereenkomst op basis van prijsconcurrentie tot stand is gekomen. De aannemer met de laagste prijs verwerft weliswaar de opdracht, maar is tegelijkertijd degene die het meeste risico heeft genomen en binnen zijn aanneemsom van alle inschrijvers het minste speelruimte heeft om tegenvallers op te vangen. Sancties zoals contractuele boetes helpen nauwelijks om het resultaat te waarborgen en hebben dikwijls juist ook weer een versterkend effect, omdat de belangen van de opdrachtnemer om de opdrachtgever of mede-opdrachtnemers als verantwoordelijke aan te wijzen uitsluitend groter worden in plaats van kleiner.

Ketenintegratie probeert de verhouding tussen opdrachtgever en opdrachtnemer in te richten op basis van gemeenschappelijke belangen en erkenning over en weer van de wederzijdse belangen. Daarbij gaat het om andere economische en juridische principes, die zich als volgt laten samenvatten.

- iedere onderneming "vecht" voor haar bestaansrecht en het realiseren van een redelijke winst. Bij ketenintegratie onderkent de opdrachtgever dat belang en zekert de opdrachtgever dat aspect af door bijvoorbeeld een vast, redelijk rendement met de opdrachtnemer af te spreken. Het is namelijk in relatie tot het volledige werk economisch gezien nauwelijks relevant of een aannemer 5% of 6% rendement realiseert. Het is dan ook weinig efficiënt om een dergelijk rendementscijfer in het kader van een aanbesteding leidend te maken bij de keuze voor een aannemer. In economisch opzicht veel relevanter voor de opdrachtgever is de betrokkenheid van de aannemer bij het eindproduct.

- Als tegenprestatie voor het garanderen van een redelijk rendement over de verrichte werkzaamheden beschouwt de opdrachtnemer zowel zijn opdrachtgever en zijn collega-opdrachtnemers als eenheden binnen hetzelfde bedrijf, met de bijbehorende openheid en transparantie.
- Deze openheid en transparantie geldt zowel in de contractfase als tijdens de uitvoering en betekent concreet dat opdrachtnemer steeds open op tafel legt waar problemen of risico's spelen. In gezamenlijk overleg kunnen dan tijdig adequate oplossingen worden gevonden. Omdat de informatie tijdig tussen alle betrokkenen wordt gedeeld, houdt adequaat in dat de oplossing niet gunstig is voor de opdrachtnemer, maar optimaal is in de ogen van de opdrachtgever. Deze gang van zaken sluit tegenvallers weliswaar niet uit, maar een grotere mate van transparantie en overleg in zowel de contractfase als de uitvoeringsfase betekent dat partijen over en weer over veel meer informatie beschikken, ook omtrent elkaars inschattingen en daarmee het aantal onbepaalde risico's wordt verkleind.
- Binnen het systeem van transparantie geldt bovendien dat partijen niet op voorhand in eigen kring (en dus buiten het zicht van de contractspartner) kosten toerekenen aan vermeende risico's of anderszins indirecte winstmarges toerekenen aan zaken die de opdrachtgever heeft laten liggen. Die "potjes" vallen in beginsel vrij en zijn beschikbaar als financiële buffer om tegenvallers binnen het project op te vangen. Indien dergelijke tegenvallers zich niet voordoen kan het geld daadwerkelijk anders worden besteed.
- Dezelfde openheid en transparantie maken het ook mogelijk om verbeteringen tot een gezamenlijk belang van opdrachtgever en opdrachtnemer te maken. Omdat opdrachtgever en opdrachtnemer in de contracteringsfase volledig inzicht hebben gehad in de prijsopbouw en de daaraan ten grondslag liggende overwegingen, kunnen zij tijdens de uitvoering ook in onderling overleg constateren wat het effect is van een verbetering in de werkwijze of het resultaat van een besparingsmaatregel. Een afspraak dat een dergelijk voordeel wordt verdeeld tussen opdrachtgever en opdrachtnemer blijkt in de praktijk stimulerend te werken. Het financiële effect van een dergelijke afspraak is aanzienlijk in vergelijking tot het gebruikelijke rendementspercentage van de aannemer, zodat het verbeteren van het eindproduct van de opdrachtgever ook het rechtstreekse belang van de opdrachtnemer wordt.
- Voorts blijkt essentieel bij ketenintegratie dat de relatie tussen opdrachtgever en opdrachtnemer niet beperkt blijft tot een individueel project. Het is juist de projectoverstijgende relatie die partijen bindt. Daarbij gaat het allereerst om het onderlinge vertrouwen dat wordt gevoed door de openheid en transparantie die over en weer wordt betracht. Zodra die openheid wegvalt,

ontstaat er – op directieniveau – een vertrouwensbreuk die fataal is voor verdere samenwerking. Opdrachtgever en opdrachtnemer beogen voorts de ervaringen op een specifiek werk te vertalen naar volgende werken. De betrokken personen raken zo steeds meer op elkaar ingespeeld en hoeven niet per project het wiel opnieuw uit te vinden. Dat geldt te meer als opdrachten een bepaalde gelijkenis met elkaar vertonen, zoals opdrachten voor grootschalig onderhoud die dikwijls aan de orde zijn bij woningcorporaties. Beoordeling van het resultaat van de opdracht vindt derhalve ook plaats door de relatie te beoordelen op groei en verbetering van de kwaliteit die tijdens de samenwerking wordt gerealiseerd. Blijkt op enig moment dat die kwaliteit niet meer wordt vastgehouden of verbeterd, dan moet serieus worden overwogen of er nog perspectief in de samenwerking zit.

Voorbeelden

Tijdens de interviews over de pilot-projecten hebben betrokkenen concrete voorbeelden gegeven van de resultaten die zij met ketenintegratie hebben bereikt. Een aantal van die voorbeelden wordt hierna genoemd, opdat een duidelijker beeld ontstaat over hetgeen ketenintegratie kan opleveren.

- In het kader van een van de pilot-projecten zijn de door de opdrachtgever geselecteerde partners uitgenodigd voor een bijeenkomst waarin zij onderling de opdrachtenportefeuille voor de toen aankomende periode mochten verdelen. Het betrof opdrachten voor renovatiewerkzaamheden. De opdrachtgever stelde daarbij geen andere eis dan dat binnen de verdeling alle partners aan bod moesten komen. De aard en omvang van de afzonderlijke opdrachten en de periode van uitvoering waren vooraf door de opdrachtgever aangegeven. Omdat de geselecteerde opdrachtnemers de totale portefeuille konden overzien, konden zij op basis van hun competenties en inpassing in hun agenda's voor bepaalde opdrachten kiezen. Dat blijkt (logischerwijs) tot een betere, meer evenwichtige verdeling te leiden dan de verdeling die ontstaat als elke opdracht afzonderlijk wordt aanbesteed en gegadigden min of meer worden gedwongen voor elke opdracht belangstelling te hebben. Die noodzaak ontstaat als vanzelf in die laatste situatie omdat zij niet weten of er een volgende opdracht komt, en zo ja wanneer en of die opdracht hen meer past dan de op dat moment voorliggende opdracht. Bovendien blijft onzeker of de volgende opdracht zal kunnen worden verkregen. Door ook in dit stadium informatie uit te wisselen en transparant te zijn kan derhalve een optimalisatie van de verdeling van opdrachten worden bereikt. Overigens speelde de prijs geen rol bij de onderlinge verdeling. Met alle opdrachtnemers was afgesproken dat de werkzaamheden zouden worden afgeprijsd op basis van het prijzenboek van de opdrachtgever. Dat prijzenboek bevatte redelijke, op marktconformiteit getoetste prijzen.
- Bij een van de pilot-projecten is veel tijd en energie gestoken in de gezamenlijke voorbereiding van de opdracht (een renovatieopdracht van een appartementencomplex). De financiële aspecten speelden daarbij geen

doorslaggevende rol. Afrekening zou plaatsvinden op basis van prijzenboeken die door de opdrachtgever waren vastgesteld en redelijke, marktconforme prijzen bevatten. De voorbereiding diende er derhalve toe om de opdracht perfect uit te werken en verrassingen te voorkomen. Daarbij werd ook voorafgaand overleg met de bewoners gevoerd, hetgeen zowel informatie opleverde die opdrachtgever en opdrachtnemer beiden onbekend was, als tot een groter begrip bij de bewoners leidde en derhalve een grotere klanttevredenheid. Aanpassingen van het werkproces ter optimalisatie van het resultaat voor opdrachtgever en bewoners werden niet afgewenteld op de opdrachtnemer. Toen eenmaal was aangevangen met het werk, bleek de opdracht werk zo goed te zijn voorbereid dat het werk binnen de gestelde (reële) tijdsperiode kon worden afgerond en het aantal opleveringspunten gering was.

- De pilot-projecten maken ook duidelijk dat als de informatie-uitwisseling in het voortraject goed en volledig is en de voorbereiding waar nodig gezamenlijk plaatsvindt, de hoeveelheid tijd en energie die tijdens de uitvoering van de opdracht van de opdrachtgever wordt gevraagd aanzienlijk minder is. De desbetreffende corporaties gaven aan met hetzelfde, interne team meer projecten te kunnen managen dan voorheen. Daarbij speelt bovendien een belangrijke rol dat het ontbreken van een vechtverhouding tussen opdrachtgever en opdrachtnemer niet alleen tot efficiëntere samenwerking leidt, maar ook het plezier van betrokkenen in hun werk vergroot.
- Ook qua kostenbeheersing geven de pilot-projecten blijk van goede resultaten. Door de goede en uitgebreide voorbereiding is het mogelijk zorgvuldiger te ramen. Zowel de totale kosten als de cashflow rond een opdracht kunnen daardoor meer accuraat worden bepaald. Ook meer- en minderwerkdiscussies blijken in aantal minder voor te komen en zijn ook eenvoudiger op te lossen. Door de uitvoerige informatiedeling tussen opdrachtgever en opdrachtnemer zal een discussie daadwerkelijk vooraf kunnen worden gevoerd en niet pas achteraf. Bovendien is op basis van de uitgewisselde informatie voor opdrachtgever en opdrachtnemer meestal al duidelijk of er sprake is van meer- of minderwerk. Als daarover geen verschil van mening bestaat, is de afrekening tamelijk eenvoudig, wederom omdat ook qua kosten tussen opdrachtgever en opdrachtnemer transparantie wordt betracht.

§2. Bouwrechtelijke aspecten

Als het gaat om de juridische aspecten van het bouwcontract in het kader van ketenintegratie dient voorop te worden gesteld dat onder Nederlands recht het beginsel van contractsvrijheid geldt. Partijen, en zeker professionele partijen zoals woningcorporaties en aannemers, mogen derhalve onderling in beginsel afspreken wat zij willen. Het is wat dat betreft niet zozeer de vraag óf de in de vorige paragraaf beschreven afspraken door hen kunnen worden gemaakt, maar hoe deze het best kunnen worden vormgegeven.

Mede op basis van de ervaringen van de geïnterviewde partijen lijkt het het meest praktisch om tussen partijen van een gelaagde contractsstructuur uit te gaan. Op het hoogste niveau worden er basale, algemene afspraken gemaakt die zien op de openheid en transparantie die partijen over en weer zullen betrachten. Dat kan ook concrete afspraken inhouden over welke informatie partijen elkaar ter hand zullen stellen. Ook de algemene afspraken dat de aannemer verzekerd kan zijn van een voldoende rendement en/of het prijzenboek van aanbesteder zal worden gebruikt als grondslag voor de vergoeding, kunnen op dit niveau worden gemaakt. Ook ligt het voor de hand op dit niveau vast te leggen dát, en op welke wijze partijen in voorkomend geval afscheid van elkaar nemen als deze afspraken niet worden nagekomen.

Een niveau lager kunnen vervolgens tussen partijen afspraken worden gemaakt op projectniveau. Afhankelijk van het geval is dit ofwel een “tussenniveau”, ofwel reeds het laagste niveau. Indien er sprake is van een project waarbinnen werken als kleinere “deelprojecten” te onderscheiden zijn, is van de eerste situatie sprake. Op projectniveau is bekend welke ketenpartners betrokken zijn, op welke wijze die ketenpartners betrokken zijn en op basis van die feitelijke situatie zullen op dat niveau ook projectspecifieke afspraken kunnen worden gemaakt tussen alle betrokkenen. Daarbij zal het opnieuw in belangrijke mate over informatie-uitwisseling gaan en de wijze van onderlinge samenwerking bij dat project, ook tussen de ketenpartners onderling. Echter, ook werkverdelingsafspraken en concrete prijsafspraken kunnen desgewenst op dit niveau worden gemaakt.

Het laagste niveau ten slotte is het niveau van de concrete opdracht. Deze overeenkomst hoeft in wezen nauwelijks anders te zijn dan de klassieke aannemingsovereenkomst, al is het niet de bedoeling om dit niveau te kiezen voor de systematiek van de UAV. Een dergelijke keuze maakt de in hogere lagen gelegen afspraken namelijk in belangrijke mate tot een dode letter. Ketenintegratie beoogt nu exact het omgekeerde: Dat de overeenkomst in de onderste laag niet leidt tot het in de vorige paragraaf beschreven “vechtmodel” moet juist voortvloeien uit de “hogere” afspraken en de wijze waarop partijen volgens die afspraken tot de concrete overeenkomst zijn gekomen.

Op basis van een uitgebreidere informatie-uitwisseling zijn bestek en aanneemsom vastgesteld en overeengekomen, als gevolg waarvan het werk voor alle partijen minder verrassingen kent. In één van de interviews liet een aannemer vallen, dat als er na alle informatie-uitwisseling toch mocht blijken dat hij iets over het hoofd had gezien, hij zich daarvoor verantwoordelijk voelde. In die situatie zou hij liever zelf de goede oplossing

aandragen en verzorgen, dan dat hij met zijn opdrachtgever in discussie zou gaan over het verleggen van de financiële consequenties van de omissie naar de opdrachtgever.

Terzijde moet worden opgemerkt dat het niet nodig is om deze gelaagdheid tot uitdrukking te brengen in drie verschillende documenten. Het is evenzeer denkbaar dat in één document op alle drie de niveaus afspraken worden gemaakt. Dat ligt bijvoorbeeld voor de hand als ketenintegratie op één specifiek traject wordt toegepast.

Het is niet zo dat een aannemingsovereenkomst binnen de systematiek van ketenintegratie minder zekerheid biedt dan in de klassieke situatie. Het omgekeerde lijkt juist het geval. In de klassieke situatie lijkt de aanneemsom “zeker”, maar ontstaat er een voortdurende strijd om de risico's naar de andere partij te verleggen, terwijl onzichtbaar blijft of die risico's niet reeds geheel of gedeeltelijk in de aanneemsom waren verdisconteerd. Er is in die zin veeleer sprake van een schijnzekerheid voor beide partijen, dan echte zekerheid. Door de onderlinge openheid en transparantie en daaraan verbonden, grotere mate van zorgvuldigheid bij het overeenkomen van de aannemingsovereenkomst bestaat er per saldo een grotere mate van zekerheid voor partijen, omdat over en weer duidelijker is wat de aanneemsom exact afdekt. De systematiek van ketenintegratie kan niet verhinderen dat er überhaupt geen tegenvallers zullen zijn, maar de kans wordt wel verkleind en als zich een tegenvaller mocht voordoen dan is ook duidelijk dat daarvoor niet reeds in de aanneemsom is betaald.

Voorts geldt dat als zich een tegenvaller voordoet, de opdrachtgever zijn energie niet primair moet richten op het kostenaspect, maar zich samen met de aannemer kan richten op de kwaliteit van de oplossing. De aannemer ontvangt toch het afgesproken rendement over de extra werkzaamheden en heeft er mede tegen de achtergrond van de relatie geen belang bij om winst te genereren en/of verhullen in het meerwerk. Het open en transparant bespreken van adequate oplossingen die de opdrachtgever in beginsel bereid is te betalen, levert voor het project als geheel en betrokkenen aanzienlijk meer op. Het is vervolgens aan de aannemer om die ervaring mee te nemen in de opvolgende werken en zo binnen de relatie met de opdrachtgever voor kwaliteitsverbetering te zorgen.

§ 3. Aanbestedingsrechtelijke aspecten

De keuze voor ketenpartners door opdrachtgevers is gebaseerd op het vertrouwen dat de desbetreffende onderneming in staat is binnen de ketenintegratie de rol te vervullen en de resultaten te boeken die met de ketenintegratie worden beoogd. Dat vertrouwen is doorgaans gebaseerd op eerdere ervaringen met de desbetreffende onderneming.

De aanbestedingsrechtelijke vraag of een opdrachtgever zijn opdrachtnemer kan kiezen op basis van eerdere ervaringen en/of zijn inschatting van de desbetreffende onderneming als ketenpartner hangt in de eerste plaats af van het antwoord op de vraag of de opdrachtgever een aanbestedende dienst is in de zin van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (“Bao”). Aanbestedende diensten als bedoeld in het Bao zijn verplicht om opdrachten voor werken vanaf een bepaalde waarde – afgerond EUR 4,8 miljoen – via een in het Bao voorgeschreven aanbestedingsprocedure te gunnen. De voorschriften die voor dergelijke procedures gelden, verhouden zich uiterst moeizaam met ketenintegratie. Het Bao bepaalt namelijk dat de gunning van opdrachten plaatsvindt op basis van beoordeling van de offertes. Het gunningscriterium dat bij die beoordeling worden gehanteerd is ófwel dat van de laagste prijs, ófwel dat van de economisch meest voordelige aanbieding. In het laatste geval moet de aanbestedende dienst uitwerken welke economische aspecten van de offerte worden beoordeeld en hoe die beoordeling plaatsvindt.

Ofschoon de resultaten van succesvolle ketenintegratie onmiskenbaar van economische aard zijn en dus iets zeggen over de “economische voordeligheid”, zijn het geen elementen die zich lenen voor voorafgaande toetsing. Toezeggingen in een offerte over de resultaten die ketenintegratie zal gaan opleveren leiden uiteindelijk evenzeer tot een vechtmodel als prijsconcurrentie dat doet. Immers, de aannemer die van alle gegadigden het verst durft te gaan in zijn toezeggingen ten aanzien van de resultaten, verwerft in die systematiek de opdracht. Het is irreëel te veronderstellen dat gegadigden zich daarbij niet zullen “verslikken”, zodat uiteindelijk bij de winnaar toch een situatie ontstaat dat deze krampachtig moet proberen om de in zijn offerte gecreëerde werkelijkheid overeind te houden. Slechts bij uitzondering kan worden verwacht dat ketensamenwerking met een op deze manier gevonden partner tot succes en een langdurige relatie leidt.

De crux bestaat dus uit het kunnen kiezen van partners die op basis van ervaring bij de opdrachtgever het vertrouwen genieten en waarmee een relatie kan worden opgebouwd en onderhouden. Het Bao staat het echter niet toe om een gunningsbeslissing (en bijbehorende langdurige relatie) te baseren op ervaringen uit het verleden en dat is exact waarop bij ketenintegratie de nadruk ligt. Het per afzonderlijke opdracht weer opnieuw via mededinging bepalen wie voor de opdracht in aanmerking komt zoals het Bao dat veronderstelt, staat haaks op die relationele benadering. Pas als de Europese wetgever toestaat dat eerdere ervaringen van de opdrachtgever met de opdrachtnemer als gunningscriterium mogen worden gehanteerd, ontstaat er binnen het kader van het Europese aanbestedingsrecht voldoende ruimte voor ketensamenwerking.

Onder de hiervoor genoemde drempelwaarde van EUR 4,8 miljoen bestaat er voor aanbestedende diensten in de zin van het Bao op grond van het Verdrag inzake de werking van de Europese Unie ("VWEU", voorheen EG-Verdrag) ook een verplichting om de markt voor alle potentiële gegadigden te openen als er sprake is van een zogenaamd grensoverschrijdend belang (duidelijke, potentiële belangstelling vanuit andere EU-Lidstaten). Ofschoon de enige regel in zo'n geval luidt dat tussen de gegadigden een objectief en transparant selectieproces moet plaatsvinden en er dus meer ruimte aanwezig lijkt om op basis van ervaring tot gunning over te gaan, biedt die ruimte onvoldoende soelaas om ketensamenwerking in de gewenste zin mogelijk te maken. Het blijft namelijk zo dat de markt voor alle potentiële gegadigden moet worden geopend. Die verplichting staat er aan in de weg om de gunning te beperken tot de groep van gegadigden waarin de aanbestedende dienst op basis van ervaring vertrouwen heeft. Bovendien geldt naar analogie van het in het Bao gereguleerde aanbestedingsrecht, dat als er meerdere gegadigden zijn, er tussen hen uiteindelijk ook een vorm van onderlinge competitie moet plaatsvinden. In dat kader worden zij per saldo evenzeer uitgedaagd om een zo groot mogelijk risico te nemen en dat doet naar de aard afbreuk aan de intentie van ketenintegratie.

Is de opdrachtgever daarentegen geen aanbestedende dienst in de zin van het Bao, dan heeft hij alle vrijheid om zijn contractspartners te kiezen. Er is dat geval ook geen enkel aanbestedingsrechtelijk beletsel om op basis van eerdere ervaringen één of meerdere ketenpartners aan te wijzen en te contracteren.

Er is nog een tweede aanbestedingsrechtelijk aspect waarmee ook aanbestedingsplichtige opdrachtgevers rekening moeten houden. Zodra een opdrachtgever jegens (potentiële) ketensamenwerkingspartners procedureregels voor het bepalen van de uiteindelijke contractspartners bekendmaakt, kan hij daaraan op basis van de zogenaamde précontractuele beginselen van redelijkheid en billijkheid worden gehouden. Indien het niet de bedoeling is om dergelijke procedures zo'n gewicht te geven, is het noodzakelijk om het vrijblijvende karakter van de procedure vóóraf expliciet te benoemen. Dat voorkomt dat verkeerde en/of te hoge verwachtingen worden gewekt.

Vooralsnog wordt er thans – ofschoon het in de literatuur wel onder discussie is – in zijn algemeenheid van uitgegaan dat woningbouwcorporaties onder de huidige, juridische omstandigheden geen aanbestedende dienst in de zin van het Bao zijn. Zij kunnen derhalve in alle vrijheid hun contractspartner(s) kiezen. Echter, elke woningbouwcorporatie zal op basis van zijn specifieke omstandigheden moeten toetsen of zij inderdaad geen aanbestedende dienst is. De individuele toezichtstructuur, de wijze van benoeming van bestuursleden, de wijze van financiering en de doelstelling van de corporatie kunnen in een individueel geval wel degelijk tot een andersluidende conclusie leiden. Hetzelfde zou het geval kunnen zijn als de wetgeving ten aanzien van woningbouwcorporaties ingrijpend verandert en de overheid de financiële of bestuurlijke greep op deze groep van instellingen vergroot.

§ 4. Mededingingsrechtelijke aspecten

In het kader van ketenintegratie blijkt het dikwijls noodzakelijk dat concurrenten met elkaar afspraken maken. Tijdens de interviews kwam er een specifiek voorbeeld naar voren waarbij de opdrachtgever meerdere ketenpartners heeft voor dezelfde werkzaamheden en zijn volume aan opdrachten voor een bepaalde periode door hen onderling wil laten verdelen onder toepassing van een aantal spelregels, waaronder de spelregel dat iedereen in voldoende mate aan bod komt. Het voordeel van het bieden van die mogelijkheid blijkt te zijn dat opdrachtnemers beter onderzoeken welke opdrachten in de portefeuille voor hen geschikt zijn en daarbij ook rekening kunnen houden met het uitvoeringsmoment van andere opdrachten in de portefeuille. Bovendien maakt deze afstemming het mogelijk om zowel binnen het personeelsbestand van de opdrachtnemer als tussen ketenpartners onderling vaste teams te formeren die bepaalde opdrachten/werkzaamheden in één continue stroom kunnen uitvoeren en dat draagt in aanzienlijke mate bij aan de kwaliteitsverbetering die ketenintegratie beoogt te realiseren.

Het door concurrenten verdelen van de markt of concrete opdrachten is in beginsel direct in strijd met artikel 6 Mededingingswet. Dat artikel verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

Het is echter geen vaststaand feit dat het op verzoek van en onder auspiciën van de opdrachtgever verdelen van de orderportefeuille voor een bepaalde periode onder dit verbod valt. Zolang het de opdrachtgever is die vrijelijk kan kiezen welke opdrachtnemers zijn opdrachten mogen verdelen, is er economisch gezien sprake van mededinging, ofschoon die mededinging niet plaatsvindt in het kader van een (soort van) aanbestedingsprocedure. Daar komt bij dat zolang de ketenpartners slechts een voorstel op tafel leggen en uiteindelijk uitsluitend de opdrachtgever ertoe kan besluiten dat voorstel terzijde te leggen of te accepteren, de ketenpartners niet doorslaggevend zijn in het eindresultaat van de onderlinge afstemming. Hun overleg beperkt in die zin dan ook uiteindelijk niet de eerlijke mededinging.

En zelfs als dit soort afstemming moet worden geacht onder het verbod van artikel 6 Mededingingswet te vallen, dan kan er met succes een beroep worden gedaan op de uitzonderingsbepaling van het derde lid van die bepaling. Dat artikellid bevat een uitzondering voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen (a.) beperkingen op te leggen die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, of (b.) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen.

Een situatie zoals beschreven in het voorbeeld voldoet aan alle voorwaarden van de uitzonderingsbepaling. De onderlinge afstemming leidt tot economische vooruitgang, zowel bij de opdrachtnemers als bij de opdrachtgever. Bovendien koos opdrachtgever de partijen

die ketenpartner mochten worden en kregen die ketenpartners niet meer ruimte dan nodig, laat staan dat zij in staat waren de mededinging te beperken op een door opdrachtgever ongewenste wijze of eenzijdig uit te schakelen. Dit vloeide onder meer voort uit het feit dat de ketenpartners zoals gezegd slechts een verdelingsvoorstel ten aanzien van de portefeuille aan de opdrachtgever konden voorleggen en de opdrachtgever het laatste woord had.

Het voorbeeld maakt derhalve duidelijk dat er mededingingsrechtelijk geen bezwaren hoeven te bestaan als ketenpartners onderling afstemmen, mits de opdrachtgever doorslaggevend is in de keuze van de partijen die die verdeling mogen maken, het aanvaarden van het resultaat en voorts duidelijk kan worden gemaakt dat de afstemming bijdraagt aan een beter eindproduct. Het zichtbaar maken van die resultaten speelt ook een belangrijke rol bij het waarborgen van de integriteit bij ketenintegratie, zoals in de navolgende paragraaf wordt besproken.

§ 5. Integriteitsaspecten

“Integer” betekent in de kern dat er geen sprake is van enige normschending. De normstelling waar het bij integriteit om gaat, speelt op meerdere niveaus:

1. Persoonlijke integriteit (de normstelling rond het individu)
2. Organisatorische integriteit (de normstelling rond de organisatie)
3. Systeem integriteit (de normstelling van het totale stelsel waarbinnen organisaties en individuen opereren)

In het kader van ketenintegratie is in de voorafgaande paragrafen duidelijk geworden dat er tussen opdrachtgever en opdrachtnemer een bestendige relatie wordt nagestreefd waarbinnen opdrachten worden gegund en uitgevoerd. Ofschoon die relatie een zakelijk oogmerk heeft en zich dient te bewijzen in de resultaten die bij de uitvoering van de opdrachten worden geboekt, biedt zo'n relatie mogelijkheden voor onbedoelde vertroebeling, in die zin dat andere belangen dan de zakelijke een rol gaan spelen. Dergelijke ontwikkelingen kunnen worden voorkomen door goede afspraken te maken. Die afspraken spelen op het niveau van de persoonlijke integriteit en de organisatorische integriteit. De rode draad bij die afspraken is opnieuw transparantie, zowel binnen de eigen organisaties als richting derden. Die transparantie maakt het namelijk mogelijk te controleren dat de uitvoering van de ketensamenwerking is gebaseerd op de bedoelde, zakelijke grondslagen en niet op andersoortige belangen.

Persoonlijke integriteit

Als het gaat om het waarborgen van de persoonlijke integriteit, dan geldt dat de relaties die tussen individuele personen bij opdrachtgever en opdrachtnemer bestaan in het kader ketensamenwerking niet anders zijn dan andere (zakelijke) relaties tussen opdrachtgever en opdrachtnemer. Het voorkomen dat die relaties worden beheerst of beïnvloed door andere dan zakelijke belangen, zal derhalve aan opdrachtgeverszijde op de daarvoor gebruikelijke wijze kunnen worden voorkomen. Bij het toekennen van opdrachten bestaat het gebruikelijke instrumentarium uit intern beleid en protocollen die beschrijven wat in de desbetreffende relatie wel en niet is toegestaan, interne controle en gedeelde verantwoordelijkheden en vooral transparantie. Zolang het binnen de organisatie de norm is dat personen openheid betrachten over hun handelen en de resultaten daarvan en daarop bovendien worden aangesproken. In het bijzonder voor opdrachtgevers met een (semi-)publiek karakter zoals woningbouwcorporaties geldt dat in zijn algemeenheid wordt verwacht dat er intern dergelijke instrumenten worden gehanteerd. Mocht dat niet het geval zijn, dan ligt het voor de hand dergelijke instrumenten alsnog te introduceren, omdat zij een breder nut hebben dan enkele het bewaken van de persoonlijke integriteit bij ketensamenwerking.

Organisatorische integriteit

Bij ketensamenwerking lijkt het gepast om de integriteit niet alleen te waarborgen op het niveau van de betrokken personen aan de zijde van opdrachtgever. Juist omdat een langdurige relatie wordt beoogd waarin partijen over en weer transparantie betrachten ten aanzien van de opdracht, ligt het voor de hand om ook duidelijk vast te leggen wat partijen over en weer van elkaar verwachten op het vlak van integriteit. Het gaat dan om duidelijke spelregels, procedures en verantwoordelijkheidsverdelingen die tussen partijen gelden. Deze integriteitsafspraken liggen zeer dicht bij de overige afspraken die op hoofdniveau worden gemaakt tussen opdrachtgever en ketenpartners en zouden derhalve onderdeel kunnen uitmaken van dezelfde hoofdovereenkomst. Het is echter evengoed denkbaar om in die hoofdovereenkomst te verwijzen naar een aparte gedragscode, zodat de integriteitswaarborg als het ware op een voetstuk wordt geplaatst.

Op de lange termijn valt te betwijfelen of voornoemde interne en onderling geldende gedragsregels een voldoende waarborg blijven voor ketenintegratie. Ketenintegratie is gebaseerd op kwaliteitsverbetering en groei van de onderlinge samenwerking. Wil er op termijn intern en extern vertrouwen blijven bestaan in ketenintegratie, dan zal zichtbaar moeten worden gemaakt dat deze doelstellingen continu worden bereikt en verbeterd. Transparantie over de geboekte resultaten zal derhalve een belangrijk instrument zijn om het nuttig effect van ketenintegratie inzichtelijk te maken en zo het vertrouwen in het systeem en de betrokken organisaties te behouden en te vermeerderen.

Tijdens de interviews bij enkele van de pilotprojecten bleek dat al ervaring is opgedaan met het intern en extern zichtbaar maken van de resultaten. In het kader van een van de pilotprojecten bleek er zelfs voor te zijn gekozen om volledige transparantie na te streven door de resultaten periodiek om de website te publiceren. Die transparantie vormt een goed voorbeeld, zeker als de gepresenteerde resultaten door middel van een periodieke toetsing door onafhankelijke deskundigen (bijvoorbeeld een accountant of een auditorganisatie) worden geverifieerd. Zowel de interne organisatie als de externe belanghebbenden kunnen op die manier daadwerkelijk vinger aan de pols houden. Een dergelijke methode van werken is bovendien niet alleen nuttig in het kader van de integriteitsborging, maar vormt überhaupt een nuttige aanvulling op het contractmanagement dan inherent is aan elke overeenkomst tot opdracht.

§ 6. FAQ's (ter verdere aanvulling en uitwerking)

- Wij zijn een aanbestedende dienst in de zin van het Bao. Kunnen wij ook van ketenintegratie gebruik maken?

Het Bao gaat uit van gunning op basis van economische gunningscriteria die verband houden met het voorwerp van de opdracht. Ofschoon ketenintegratie door de duurzame samenwerking een kwaliteitsverbetering nastreeft met een economische dimensie, vindt de gunning van opdrachten niet plaats op basis van dergelijke criteria. De ervaring die de opdrachtgever heeft met de ketenpartner en het vertrouwen dat deze daardoor geniet, spelen een belangrijker rol. Die nadruk past niet in de voorschriften van het Bao, zodat ketenintegratie zich vooralsnog niet verhoudt met het gereguleerde aanbestedingsrecht van het Bao

- Is het toegestaan om ook onderaannemers bij ketenintegratie te betrekken?

Het is zonder meer toegestaan om ook opdrachtnemers die gewoonlijk de rol van onderaannemer hebben in de ketensamenwerking te betrekken. Sterker nog, als de rol van deze onderaannemers bij de uitvoering van de opdracht aanzienlijk is, ligt het zelfs voor de hand dat te doen. Het succes van ketenintegratie is afhankelijk van de mate en kwaliteit waarin alle betrokken partijen onderling informatie uitwisselen en transparantie naar elkaar betrachten. De (kleinere) rol van onderaannemers kan voor het eindresultaat even belangrijk zijn als de rol van de hoofdaannemer.

- Is ketenintegratie niet een vorm van op regiebasis werken?

Werken op regiebasis impliceert dat de opdracht gaandeweg wordt uitgewerkt en er vooraf geen volledige uitwerking ligt. Dat is bij ketenintegratie niet het geval. Het is juist de bedoeling dat vooraf op een veel hoger niveau wordt voorbereid. Daarbij geldt inderdaad dat bij de uitwerking geen prijsconcurrentie bestaat, maar dat laat onverlet dat de kosten vooraf inzichtelijk worden gemaakt. De opdrachtgever weet op voorhand derhalve veel beter dan in de klassieke situatie waar hij aan toe is .

- Is het lastig om de relatie met een ketenpartner te beëindigen?

Het beëindigen van de relatie met een ketenpartner hoeft niet ingewikkelder te zijn dan het beëindigen van enige andere contractuele relatie. Bij zo'n beëindiging zullen vooral de door partijen gemaakte afspraken een rol spelen. Zo zou de afspraak kunnen worden gemaakt dat opdrachtgever elke paar jaar het recht heeft de relatie met opdrachtnemer te beëindigen. De samenwerking gaat echter uit van een bestendige relatie waarin partijen steeds verder naar elkaar toegroeien en dat verhoudt zich slecht met het afspreken van een te korte periode van samenwerking. Het werken in periodes van telkens twee tot vier jaar – de periode moet zodanig

worden gekozen dat er gedurende opeenvolgende opdrachten daadwerkelijk aan de relatie en kwaliteit van de samenwerking kan worden gewerkt – lijkt een goede balans op te leveren.

- Is het nodig om de verschillende lagen in de afspraken met de ketenpartners in afzonderlijke documenten vast te leggen?

Het is niet nodig de gelaagdheid in de afspraken fysiek tot uitdrukking te brengen in afzonderlijke documenten. Het is evenzeer mogelijk die gelaagdheid in één document te hanteren. De omstandigheden van het project dienen leidend te zijn. De in deze brochure beschreven gelaagdheid is daarbij meer bedoeld als een denkwijze die partijen in staat stelt om de kaders te duiden en de materie te hanteren, dan als een verplicht voorschrift.

- Is het bij ketenintegratie nodig om als opdrachtgever vooraf een uitgewerkt bestek op te stellen?

Het is niet nodig voor ketenintegratie dat de opdrachtgever vooraf zelf een uitgewerkt bestek opstelt. Het kan wel, maar het doet al snel afbreuk aan de meerwaarde van ketenintegratie. Door eenzijdig als opdrachtgever een uitgewerkt bestek op te stellen, wordt het proces van adequate informatie-uitwisseling en het op basis daarvan kiezen van de beste oplossingen beperkt. Duidelijke einddoelen van de zijde van de opdrachtgever zullen om die reden in beginsel leiden tot meer rendement van ketenintegratie, omdat de dialoog tussen opdrachtgever en ketenpartners dan optimaal kan worden ingezet om die einddoelen te realiseren.